

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'appel différé des jugements avant dire droit

Hoc, Arnaud

*Published in:*

Pot-pourri I et autres actualités de droit judiciaire

*Publication date:*

2016

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Hoc, A 2016, L'appel différé des jugements avant dire droit. Dans H Boularbah & J-F van Drooghenbroeck (eds), *Pot-pourri I et autres actualités de droit judiciaire*. Commission Université Palais, Numéro 164, Larcier , Bruxelles, p. 239-261.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# 2.6

## L'APPEL DIFFÉRÉ DES JUGEMENTS AVANT DIRE DROIT<sup>1</sup>

Arnaud Hoc  
assistant à l'U.C.L.

### Sommaire

Introduction	240
Section 1	
L'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire en lui-même : une modification contestée	241
Section 2	
L'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire et les autres règles de procédure: une articulation complexe	249
Conclusion	260

---

1. Cette contribution est parue une première fois dans l'ouvrage *Le Code judiciaire en pot-pourri: promesses, réalités et perspectives* (J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK dir.), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 265-288. Moyennant quelques ajustements, elle est rééditée dans le présent volume avec l'aimable autorisation de Larcier.

## Introduction

**1. Généralités.** L'article 31 de la loi du 19 octobre 2015<sup>2</sup> (dite loi « Pot-pourri I ») a modifié l'article 1050 du Code judiciaire, qui se lit désormais comme suit :

« En toutes matières, l'appel peut être formé dès la prononciation du jugement, même si celui-ci a été rendu par défaut.

Contre une décision rendue sur la compétence ou, sauf si le juge en décide autrement, une décision avant dire droit, un appel ne peut être formé qu'avec l'appel contre le jugement définitif ».

L'article 1050, alinéa 2, *nouveau* du Code judiciaire étend donc aux jugements avant dire droit le régime jusque-là en vigueur pour les seuls jugements rendus sur la compétence, qui, depuis la loi du 3 août 1992<sup>3</sup>, ne pouvaient être frappés d'appel qu'en même temps que l'appel du jugement définitif.

Toutefois, à la différence notoire de ce qui est prévu pour les jugements sur la compétence, le juge dispose ici de la faculté de déroger à la règle et d'autoriser tout de même l'appel immédiat du jugement avant dire droit qu'il vient de rendre.

Conformément à l'article 3 du Code judiciaire, cette disposition est applicable à tous les jugements avant dire droit prononcés après le 1<sup>er</sup> novembre 2015<sup>4</sup>.

**2. Plan de l'exposé.** Bien que la généralisation de l'appel différé aux jugements avant dire droit soit une mesure dont l'adoption avait été sollicitée de longue date par une grande partie de la doctrine<sup>5</sup>, l'on se rend

2. Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015, p. 65084.
3. Loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire, *M.B.*, 31 août 1992, p. 19066.
4. Voy. C. DE BOE, « Le droit transitoire », in *Le Code judiciaire en pot-pourri : promesses, réalités et perspectives*, op. cit., p. 382, n° 79; adde, H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Résumé rudimentaire et application dans le temps de la loi dite 'Pot-pourri I' », *J.T.*, 2015, p. 765.
5. Voy. déjà A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Fac. droit de Liège, 1987, p. 491, n° 734 : « [...] on ne parviendra à réduire les délais d'attente et l'arriéré à un niveau acceptable qu'en décidant de restreindre les possibilités d'appel. À cet égard, la première mesure qui devrait être mise en œuvre est la suppression de l'appel immédiat de toutes les décisions d'instruction »; mais aussi K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, thèse, Anvers, Maklu, 1995, p. 455, n°s 988 et s.; F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Les dialogues Justice*, Rapport de synthèse rédigé à la demande de Laurette Onkelinx, juillet 2004, pp. 256-259; S. RAES, « Beperking van rechtsmiddelen », in *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité. Gerechtelijke achterstand is geen noodzakelijk kwaad*, Actes du Forum du Conseil supérieur de la justice des 4 et 5 juin 2004, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 121-123, n° 8; puis encore récemment M. DEWART, G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, « Optimalisation institutionnelle et fonctionnelle de l'appel », in *Repenser l'appel* (P. Taelman, dir.), Centre interuniversitaire de droit judiciaire, Bruges-Bruxelles, die Keure-la Charte, 2012, p. 202.

compte que le nouvel article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, qui en consacre désormais le principe, ne va pas sans poser un certain nombre de difficultés.

C'est tout d'abord la nouvelle disposition qui doit elle-même être examinée dans son contenu, tant ont été contestés aussi bien le principe qu'elle consacre que l'exception dont on l'a assortie (*infra*, sect. 1). Il faut ensuite s'interroger sur les rapports qu'entretient la nouvelle règle avec d'autres règles de procédure (*infra*, sect. 2).

## Section 1

### L'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire en lui-même : une modification contestée

**3. Plan de la section 1.** La manière dont a été modifié l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire a été contestée, parfois en des termes très sévères. On a d'une part mis en cause le bien-fondé de la nouvelle règle, certains doutant qu'elle soit véritablement de nature à atteindre l'objectif que lui avait fixé le législateur (*infra*, A). On a par ailleurs mis en avant certains vices de conception qui affecteraient l'exception dont elle a été assortie (*infra*, B).

2.6

#### A. L'appel immédiat des jugements avant dire droit : une règle mal pensée ?

**4. Objectif du législateur.** La modification de l'article 1050 du Code judiciaire s'inscrit dans le cadre d'une réforme plus globale de la procédure civile, dont les grands axes ont été présentés par le ministre de la Justice Koen Geens dans son *Plan Justice*<sup>6</sup>. Il s'agit de rendre les procédures « moins nombreuses et plus efficaces »<sup>7</sup>.

Parmi les mesures proposées, certaines visent à diminuer le nombre d'affaires en degré d'appel : suppression de l'effet suspensif de l'appel en matière civile<sup>8</sup> et interdiction d'interjeter immédiatement appel des jugements avant dire droit, cette dernière mesure étant la seule qui nous intéresse directement ici.

Un jugement avant dire droit est défini comme étant un jugement qui ordonne « une mesure préalable destinée soit à instruire la demande

6. K. GEENS, *Plan Justice*, 18 mars 2015, [www.koengeens.be](http://www.koengeens.be).

7. *Ibid.*, p. 25.

8. Voy. J.-L. VAN BOXSTAEL, « L'exécution provisoire sauf opposition et nonobstant appel », in *Le Code judiciaire en pot-pourri : promesses, réalités et perspectives*, op. cit., pp. 289-326.

ou à régler un incident portant sur une telle mesure, soit à régler provisoirement la situation des parties» (art. 19, al. 2, C. jud.)<sup>9</sup>.

En décidant d'en interdire l'appel immédiat, le législateur fait droit au postulat selon lequel pareil appel serait généralement exercé à des fins dilatoires, c'est-à-dire pour retarder le jugement au fond.

Il faut à cet égard se rappeler que par le jeu de l'effet dévolutif « renforcé » de l'appel (art. 1068 C. jud.), l'appel d'un jugement avant dire droit entraîne le dessaisissement du premier juge, et par conséquent le transfert intégral du litige entre les mains du juge d'appel, en ce compris pour les points non encore tranchés. Selon le ministre, « l'appel peut ainsi être formé abusivement pour renvoyer l'affaire aux calendes grecques auprès du juge d'appel »<sup>10</sup>.

**5. Postulat non démontré.** On n'a cependant pas manqué de faire d'emblée remarquer que la modification proposée reposait sur un postulat non démontré en vertu duquel l'appel des jugements avant dire droit serait avant tout guidé par les intentions dilatoires de plaideurs mal intentionnés<sup>11</sup>. Il est vrai que la mesure ne repose en effet sur rien d'autre qu'un procès d'intention – au sens propre du terme – fait aux plaideurs, sans qu'aucune donnée objective ne vienne asseoir ce préjugé<sup>12</sup>.

**6. Éventuel effet pervers de la réforme.** Mais selon certains commentateurs, même à considérer que le postulat du législateur soit démontré, la modification de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire demeurerait contestable dans son principe même. Alors que l'objectif affiché, en interdisant l'appel immédiat des jugements avant dire droit, serait d'empêcher les manœuvres dilatoires, et donc d'accélérer la marche du procès, ces auteurs ont suggéré que la réforme aurait en fait l'effet inverse à celui recherché.

Jacques Englebert défend ainsi l'idée que, par le jeu de l'effet dévolutif renforcé, l'appel immédiat des jugements avant dire droit a en fait des vertus accélératrices. Selon lui, « si on prend en compte, pour analyser la durée de la procédure, tant le procès en première instance que celui,

9. G. CLOSSET-MARCHAL, « Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 24 janvier 2013, *R.C.J.B.*, 2014, p. 275, n° 27.
10. Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54-1219/1, p. 23.
11. J. ENGLEBERT, « Analyse des aspects "procédure civile" du Plan Justice présenté par le ministre Koen Geens le 18 mars 2015 », 22 mars 2015, [www.procedurecivile.be](http://www.procedurecivile.be), p. 6.
12. En réalité, seule Karen Broeckx dans sa thèse de doctorat (*précitée*) s'est attelée à interroger ce préjugé au regard d'une étude empirique, et en a conclu que contrairement à une idée reçue, il n'existait pas véritablement, de manière générale, une « tendance à l'appel » (« *appellust* »), en manière telle qu'on ne pouvait réellement faire porter la responsabilité de l'arriéré judiciaire devant les juridictions d'appel sur le seul dos des plaideurs.

éventuellement poursuivi en appel », la règle de l'appel immédiat des jugements avant dire droit a pour effet « d'accélérer la procédure dans son ensemble [...] par un effet d'absorption des demandes »<sup>13</sup>.

Frédéric Lejeune abonde dans son sens et estime lui aussi que par le jeu de l'effet dévolutif renforcé de l'appel des jugements avant dire droit, « on court-circuite *de facto* la première instance et l'on gagne nécessairement du temps puisque l'ensemble du litige sera directement traité en second degré de juridiction »<sup>14</sup>.

**7. Approche plus nuancée.** Ces affirmations se doivent d'être nuancées.

D'une part, il faut rappeler que la règle de l'effet dévolutif est assortie d'une importante exception lorsque l'appel est dirigé contre un jugement avant dire droit ordonnant une mesure d'instruction : en vertu de l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire, le juge est tenu de renvoyer la cause au premier juge s'il confirme, même partiellement, la mesure d'instruction ordonnée par le jugement entrepris (voy. *infra*, n° 29). En pareille hypothèse – et elle se présente en pratique très souvent – l'effet dévolutif ne fonctionne pas et l'appel immédiat du jugement d'instruction n'a aucune vertu accélératrice, mais contribue au contraire à ralentir la marche du procès<sup>15</sup>.

D'autre part, ces critiques passent sous silence le fait que la réforme n'a pas pour unique but d'empêcher l'effet dévolutif renforcé de fonctionner. L'interdiction de l'appel immédiat des jugements avant dire droit poursuit également – et peut être principalement – un objectif de dissuasion : cette règle décourage les plaideurs à interjeter appel du jugement avant dire droit une fois le jugement définitif rendu, car pareil appel aura le plus souvent perdu de son intérêt entretemps – c'est du moins le pari que fait le législateur.

On constate d'ailleurs que c'est précisément au vu de cet effet dissuasif qu'a été adoptée en 1992 la règle de l'appel différé des jugements rendus sur la compétence, sans que d'ailleurs personne ne se soit ému de

13. J. ENGLEBERT, « Analyse des aspects "procédure civile" du Plan Justice présenté par le ministre Koen Geens le 18 mars 2015 », *op. cit.*, p. 6.
14. Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », in *Le procès civil efficace ? Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri I »)* (J. ENGLEBERT et X. TATON dir.), coll. Bibliothèque de l'Unité de droit judiciaire de l'ULB, Limal, Anthemis, 2015, p. 131, n° 44.
15. On rappellera qu'en vertu d'une jurisprudence contestée mais néanmoins constante de la Cour de cassation, le juge est également tenu de renvoyer la cause au premier juge en cas d'appel d'un jugement mixte, l'effet dévolutif ne fonctionnant alors que pour la partie définitive du jugement, détachable de la mesure d'instruction, voy. G. CLOSSET-MARCHAL et J-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 160, n° 254.

l'adoption de cette mesure à l'époque, que du contraire. Commentant alors la nouvelle disposition, Françoise Guebs en avait justifié l'adoption en invoquant l'idée que le plaideur auquel un jugement sur la compétence cause grief perdra souvent tout intérêt à former recours à l'issue de la première instance, dès lors qu'entretiens ses prétentions auront peut-être été accueillies par le juge d'instance<sup>16</sup>.

De même, on notera qu'en France, où la règle de l'appel différé des jugements avant dire droit existe de longue date (art. 545 C. proc. civ.), la doctrine considère également qu'elle a bien souvent pour conséquence de rendre « le recours illusoire, la mesure provisoire ayant été exécutée, la mesure d'instruction diligentée, ce qui aura pour effet d'influencer le tribunal, même s'il estime que la mesure a été ordonnée à tort »<sup>17</sup>. Là aussi, c'est bien au regard de l'effet dissuasif qu'il produit sur les plaideurs – éventuellement animés d'intentions dilatoires – qu'est justifiée la règle de l'appel différé des jugements avant dire droit.

En conclusion, et encore que l'on doive admettre que l'effet dévolutif puisse avoir dans certains cas des vertus accélératrices<sup>18</sup>, il ne nous semble pas exact d'affirmer que l'appel différé des jugements avant dire droit aura nécessairement pour conséquence un ralentissement systématique de la procédure, puisque de par l'effet dissuasif qu'elle induit, la nouvelle règle pourra tout aussi bien décourager, à l'inverse, les manœuvres dilatoires<sup>19</sup>.

### 8. Caractère exécutoire par provision des jugements avant dire droit.

Au rang des critiques adressées à la nouvelle règle de l'appel différé, Jacques Englebert et Frédéric Lejeune ont aussi invoqué le fait qu'en vertu de l'article 1496 du Code judiciaire, les mesures d'instruction étaient de plein droit exécutoires par provision<sup>20</sup>, « en sorte que l'appel n'aura pas

16. Fr. GUEBS, « La voie d'appel et les jugements sur la compétence : conditions et dimensions nouvelles », *Ann. dr. Louvain*, 1994, p. 319.
17. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32<sup>e</sup> éd., coll. Droit privé, Paris, Dalloz, 2014, p. 856, n° 1217.
18. Voy. à cet égard l'intéressant exemple donné par Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », *op. cit.*, p. 131, n° 44.
19. De ce point de vue, il nous semble encore moins exact d'affirmer que l'interdiction de l'appel immédiat des jugements avant dire droit poserait problème au regard des exigences du délai raisonnable, comme ont pu le soutenir par le passé et pour les mêmes motifs que ceux qu'on vient de critiquer B. VANLERBERGHE et S. RUTTEN, « De regel van de dubbele aanleg en de mogelijke beperking van het hoger beroep in het licht van artikel 6.1. EVRM », in *Repenser l'appel*, *op. cit.*, pp. 17 et s.
20. Selon Fr. Lejeune, la même conclusion vaudrait pour les jugements avant dire droit réglant provisoirement la situation des parties, qui malgré l'absence d'un texte exprès en ce sens, devraient eux aussi être considérés comme étant exécutoires de plein droit par provision à l'aune d'une lecture téléologique des nouvelles dispositions en la matière (Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de

d'effet suspensif sur la mesure ordonnée par le premier juge, qui pourra donc se poursuivre parallèlement à l'instruction de l'appel»<sup>21</sup>.

Cela était vrai du temps où l'appel immédiat des jugements avant dire droit était possible. Cela est toujours vrai aujourd'hui que l'appel différé des jugements avant dire droit est devenu la règle (encore que dans bien des cas, l'appel immédiat des jugements d'instruction est en fait immédiatement possible, voy. *infra*, nos 17 et s.).

Dans les deux cas, si la mesure d'instruction est confirmée en degré d'appel, son exécution immédiate (sous l'ancien système parce qu'elle était exécutoire par provision, sous le nouveau parce que l'appel est différé) aura permis de gagner du temps; dans les deux cas aussi, si elle est infirmée en degré d'appel, elle en aura fait perdre à tout le monde. De ce point de vue, on peut qualifier la réforme d'« opération blanche ».

Aussi ne voit-on pas bien en quoi l'argument tiré de l'article 1496 du Code judiciaire plaiderait en faveur du maintien de l'appel immédiat des jugements avant dire droit, ni d'ailleurs en quoi cela plaiderait pour la thèse inverse. Il nous semble tout simplement qu'il s'agit là d'une question parfaitement distincte, sans influence directe sur le débat qui nous occupe ici.

2.6

## B. *La faculté du juge d'autoriser l'appel immédiat : une exception mal conçue ?*

**9. La faculté du juge d'autoriser l'appel immédiat : plusieurs vices de conception.** Au-delà des critiques adressées à la nouvelle règle sur son principe même, on a aussi fait remarquer que l'exception dont elle était assortie – la faculté pour le juge d'autoriser l'appel immédiat – n'avait pas été conçue de manière tout à fait heureuse.

Le législateur n'explique pas véritablement cet aménagement; sans doute faut-il y voir une sorte de concession aux exigences de « bonne justice », qui ne peuvent être totalement sacrifiées sur l'autel de la célérité lorsqu'on est face à des jugements avant dire droit – on songe en particulier aux jugements ordonnant des mesures d'instruction – dont l'exécution peut avoir de lourdes conséquences sur la suite du procès, et pour lesquels un appel immédiat doit donc rester possible.

Sans critiquer véritablement l'opportunité d'une telle exception apportée au principe, la doctrine a néanmoins critiqué les modalités par lesquelles le législateur a entendu la mettre en œuvre.

l'appel, pour quelle efficacité», *op. cit.*, p. 131, n° 75); dans le même sens sur ce point, J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, pp. 315 et s.

21. J. ENGLEBERT, « Analyse des aspects "procédure civile" du Plan Justice présenté par le ministre Koen Geens le 18 mars 2015 », *op. cit.*, p. 6.



**10. Le choix de confier au juge lui-même le soin d'autoriser l'appel immédiat de son propre jugement.** On a d'abord regretté que le législateur ait délaissé au juge ayant rendu le jugement avant dire droit le pouvoir d'autoriser de lui-même l'appel immédiat de son propre jugement, et n'ait pas confié cette compétence au juge d'appel<sup>22</sup>.

Selon Hakim Boularbah, le système retenu serait « tout à la fois malsain et arbitraire » et il conviendrait « évidemment que cela soit un autre juge, d'un degré supérieur, qui décide si le jugement avant dire droit peut être immédiatement frappé d'appel »<sup>23</sup>.

Pour Frédéric Lejeune, le choix de confier le pouvoir d'autoriser l'appel immédiat au juge qui a lui-même rendu la décision s'accompagne en effet du risque que le juge refuse « systématiquement » un tel appel immédiat, dès lors que s'il l'autorisait, pareille décision pourrait être perçue comme un aveu d'incertitude de sa part quant au bien-fondé du jugement avant dire droit qu'il viendrait de rendre<sup>24</sup>.

Si cette crainte est légitime, elle doit en partie être apaisée, sauf à verser une fois encore dans le registre du procès d'intention, cette fois-ci fait non plus aux plaideurs, mais aux juges. Il n'est pas dit en effet que le juge refusera systématiquement d'autoriser l'appel immédiat de son jugement avant dire droit, car il peut se trouver des hypothèses où le juge se trouvera précisément « soulagé » de savoir sa décision ouverte à un deuxième examen et ne se sentira pas forcément « vexé » de la voir remise en cause en degré d'appel.

Songons ici, dans un litige complexe ou aux enjeux particulièrement importants, à un jugement ordonnant une expertise – dont le coût, l'ampleur et les conséquences peuvent souvent être considérables : on peut imaginer que dans bien des cas, le juge prendra sa décision avec d'autant de sérénité qu'il sait qu'elle pourra être réformée sans attendre le jugement au fond. Dans le cas contraire, le juge devrait assumer seul la responsabilité d'avoir ordonné une telle mesure alors même qu'elle pourrait être infirmée au terme du procès.

**11. Opportunité de confier ce pouvoir au juge d'appel.** Quoi qu'il en soit, il est certain qu'il aurait été plus opportun de ne pas laisser le

22. G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *J.T.*, 2015, p. 803 ; *adde*, Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », *op. cit.*, p. 135, n° 53.
23. Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par M. Richard Miller et M<sup>me</sup> Sarah Myers, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2016, n° 54-1219/5, p. 205.
24. Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », *op. cit.*, p. 53.

juge statuer lui-même sur le caractère immédiatement appellable de son propre jugement.

Le législateur aurait ainsi pu décider, comme la suggestion en avait déjà été faite par le passé, de s'inspirer du système français dans lequel, en vertu de l'article 272 du Code de procédure civile, il appartient au président de la juridiction d'appel d'autoriser éventuellement l'appel immédiat du jugement avant dire droit, s'il est justifié d'un motif grave et légitime<sup>25</sup>.

**12. Absence de critères fixés par la loi pour autoriser l'appel immédiat.** On a aussi déploré que la loi n'ait pas fixé de critères en vertu desquels le juge aurait été autorisé à déroger au principe de l'appel différé des jugements avant dire droit<sup>26</sup>. Ainsi, selon Piet Taelman et Karen Broeckx, cette absence de critères légaux serait de nature à accroître encore le risque d'arbitraire dans la décision du juge<sup>27</sup>.

Il est vrai qu'à nouveau, on aurait pu ici aussi s'inspirer de l'article 272 du Code de procédure civile français, et prévoir que cette autorisation soit conditionnée par l'existence « d'un motif grave et légitime ».

Pareille précision aurait peut-être permis de prévenir une certaine forme d'automatisme dans la décision du juge, qui dans le système actuel pourrait se contenter d'autoriser l'appel immédiat simplement parce qu'on le lui a demandé. Cela étant, il faut être honnête : subordonner la possibilité d'autoriser l'appel immédiat à l'existence d'un motif « grave et légitime » ne changerait probablement pas véritablement les choses, tant ces deux notions restent par nature équivoques et laissent le champ libre à toutes sortes d'interprétations.

Du reste, sur le plan purement formel, il ne semble pas qu'on puisse conclure sur ce point à une quelconque carence de la loi : s'il celle-ci ne précise rien, il ne s'agit pas d'un oubli du législateur, mais cette absence de précision signifie simplement que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à la décision d'autoriser ou non l'appel immédiat, comme c'est le cas dans toutes une série d'autres hypothèses, par exemple

25. M. DEWART, G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, « Optimisation institutionnelle et fonctionnelle de l'appel », *op. cit.*, pp. 202-203. Il y a toutefois lieu de bien voir qu'en France, cette dérogation n'est prévue qu'en matière de jugement ordonnant une mesure d'expertise, et ne concerne donc pas tous les jugements avant dire droit.
26. La critique a notamment été formulée par Hakim Boularbah lors de son audition en commission de la Justice, voy. Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par M. Richard Miller et M<sup>me</sup> Sarah Myers, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2016, n° 54-1219/5, p. 205.
27. P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na potpourri I », in *Hervorming van de burgerlijke rechtspleging*, Actes de colloque (novembre-décembre 2015), Bruxelles, la Charte, 2016, n° 34, à paraître.

lorsqu'en vertu du nouvel article 1397, alinéa 2, du Code judiciaire, le juge décide de maintenir l'effet suspensif de l'appel<sup>28</sup>.

**13. Le juge, statuant d'office, pourrait-il autoriser l'appel immédiat sans qu'une partie en ait fait la demande?** En revanche, il nous semble plus pertinent de reprocher au législateur de ne pas avoir précisé si cette autorisation pouvait être décidée d'office par le juge, ou au contraire devait nécessairement avoir été sollicitée par l'une des parties. Les avis divergent sur ce point.

Selon Piet Taelman et Karen Broeckx, la disposition n'exige pas en tant que tel que l'autorisation d'interjeter appel immédiatement du jugement avant dire droit ait été demandée par la partie qui y aurait intérêt<sup>29</sup>. On devrait d'ailleurs selon eux accepter que le juge puisse autoriser cet appel immédiat même d'office, dès lors que les parties ne savent pas à l'avance si le juge accèdera à la mesure avant dire droit sollicitée, et ne peuvent par conséquent pas anticiper cette question, sauf à se livrer à des conjectures complexes dans leurs conclusions<sup>30</sup>.

**14. Non : le principe dispositif interdit au juge de statuer d'office et d'autoriser l'appel immédiat sans qu'une partie en ait fait la demande.** Avouons-le, l'approche défendue par Piet Taelman et Karen Broeckx nous laisse quelque peu perplexe.

D'abord parce qu'on ne voit pas véritablement en quoi l'anticipation de la décision du juge serait rendue à ce point complexe qu'elle empêcherait les parties, le cas échéant par la voie de demandes subsidiaires, de moduler leurs conclusions en fonction de ce que sera la décision ultime du juge<sup>31</sup>.

Ensuite, et plus fondamentalement, il nous semble qu'admettre que le juge puisse autoriser d'office l'appel immédiat de son jugement avant dire droit entrerait en contradiction flagrante avec le principe dispositif, en vertu duquel le juge n'est pas autorisé à se prononcer sur des choses non demandées (art. 1138 C. jud.).<sup>32</sup>

28. Tout comme, sous l'empire de l'ancienne loi, le juge pouvait autoriser l'exécution provisoire en disposant à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation et sans être tenu par des critères fixés par la loi, voy. G. DE LEVAL, « Le jugement », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile* (G. DE LEVAL dir.), Coll. de la Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 727, n° 7.64.

29. P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na pot-pourri I », *op. cit.*, n° 33.

30. *Ibid.*, n° 33.

31. Rappelons-nous par exemple que lorsque l'exécution provisoire n'était pas de droit mais devait être demandée par la partie qui en sollicitait le bénéfice, celle-ci ne savait pas non plus quelle allait être la décision du juge sur le fond : il ne semble pas que cela ait jamais empêché aucun plaideur de formuler pareille demande.

32. Selon Piet Taelman et Karen Broeckx (*op. cit.*, n° 35), le principe dispositif n'empêcherait toutefois pas le juge de statuer d'office sur l'appel immédiat, dès lors que cette règle

Aussi faut-il approuver Georges de Leval, Jacques van Compernelle et Frédéric Georges lorsqu'ils considèrent que conformément à ce principe, « il appartient à la partie qui souhaite obtenir cette autorisation d'en formuler la demande et de la justifier »<sup>33</sup>. On peut ici faire le parallèle avec l'exécution provisoire, qui sous l'empire de l'ancienne loi ne pouvait être accordée par le juge qu'à condition d'avoir été demandée, à défaut de quoi une jurisprudence constante et une doctrine unanime considéraient qu'il aurait statué *ultra petita*<sup>34</sup>.

**15. Opportunité d'une loi réparatrice.** Quoi qu'il en soit, il est certain qu'une précision du législateur en ce sens n'aurait pas été ici surabondante, et aurait permis de lever toute ambiguïté à ce propos. L'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire pourrait donc être réparé sur ce point de la manière suivante : « contre une décision rendue sur la compétence ou, sauf si le juge en décide autrement à la demande d'une des parties, une décision avant dire droit, un appel ne peut être formé qu'avec l'appel contre le jugement définitif ».

## Section 2

### L'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire et les autres règles de procédure : une articulation complexe

2.6

**16. Plan de la section 2.** Ayant examiné la nouvelle règle dans son contenu propre, on se tourne à présent vers la question des rapports qu'elle entretient avec d'autres importantes règles de procédure.

devrait selon eux être rattachée à l'ordre public, au motif qu'elle viserait à assurer la bonne conduite du procès. Ces deux auteurs invoquent à cet égard un arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 2015 (R.G. n° C.13.0612.N), par lequel la Haute juridiction a considéré, pour le même motif, que l'article 748bis C. jud., était une disposition d'ordre public. À notre sens, et même à considérer que cet enseignement soit transposable ici, cela n'aurait pas pour conséquence d'autoriser le juge à se prononcer sur une chose non demandée. Voy. à ce sujet J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », note sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1316, n° 13, et la jurisprudence citée.

33. G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNELLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *op. cit.*, p. 803.
34. Voy. not. J. VAN COMPERNELLE, « Principes directeurs du procès civil », p. 30, n° 1.15 et les réf. citées. Dans leur contribution, P. Taelman et K. Broeckx appuient cependant leur position en faisant le parallèle avec les modalités dont le juge peut assortir l'exécution provisoire, et sur lesquelles il serait généralement admis que le juge puisse se prononcer d'office. L'analogie ne nous semble pas pertinente : c'est une chose pour le juge d'assortir l'exécution provisoire *sollicitée* par l'une des parties de *modalités* particulières, c'en est une autre de décider d'office de rendre sa décision immédiatement appellable (P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na potpourri I », *op. cit.*, n° 35).

On se rend ainsi compte que la nouvelle disposition interdisant l'appel immédiat des jugements avant dire droit perd une grande partie de sa portée lorsqu'on la lit en combinaison avec le nouvel article 875*bis* du Code judiciaire (*infra*, A). On constate aussi que l'adoption de l'article 1050, alinéa 2, affecte à son tour, dans une mesure toutefois bien moins problématique, la portée des articles 1055 et 1068 du Code judiciaire (*infra*, B).

### A. *La nouvelle règle voit sa portée considérablement réduite : articulation avec l'article 875bis du Code judiciaire*

**17. Le nouvel article 875*bis* du Code judiciaire.** Bien qu'*a priori* étrangère à cette question, la modification de l'article 875*bis* du Code judiciaire par l'article 28 de la loi du 19 octobre 2015<sup>35</sup> emporte des conséquences considérables quant à la problématique de l'appel différé des jugements avant dire droit. Cet article dispose désormais :

« Sauf lorsque la mesure d'instruction a trait au respect d'une condition de recevabilité, le juge ne peut ordonner une mesure d'instruction qu'après que l'action a été déclarée recevable.

Le juge limite le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse ».

En introduisant ce nouvel alinéa 1<sup>er</sup> dans le texte de l'article 875*bis*, l'objectif du législateur était d'éviter que ne soit ordonnée inutilement une mesure d'instruction à l'égard d'une action à la recevabilité contestée ou contestable, et d'imposer par conséquent au juge de trancher préalablement la question de la recevabilité de l'action avant d'ordonner une mesure d'instruction, sauf dans le cas où la mesure d'instruction aurait précisément pour but de déterminer si l'action est recevable ou non<sup>36</sup>.

**18. Position du problème : le risque que tout jugement d'instruction ne devienne un jugement mixte.** C'est au Conseil d'État qu'il revient d'avoir le premier, dans son avis rendu sur l'avant-projet de loi, pointé du doigt le risque que faisait courir la lecture combinée de ce nouvel article avec le nouvel article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire.

35. Sur cette modification en particulier, voy. B. PETIT, « L'économie des mesures d'instruction », in *Le Code judiciaire en pot-pourri : promesses, réalités et perspectives*, op. cit., pp. 257-263.

36. *Ibid.*, n° 5; adde, D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I. Gerechtelijk recht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 126-130.

Le Conseil d'État a ainsi rappelé qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>37</sup>, « il suffit que dans le même jugement (interlocutoire), un point de litige sur la recevabilité ou sur le fond de l'affaire soit jugé, ce qui constitue un jugement "définitif", pour que le jugement "avant dire droit" y afférent soit bien susceptible d'appel ».

Ainsi que l'établissent les travaux préparatoires, le législateur n'a pas entendu se démarquer de cette jurisprudence et a explicitement reconnu que de tels jugements dits « mixtes », c'est-à-dire pour partie définitifs et pour partie avant dire droit, étaient bien susceptibles d'un appel immédiat<sup>38</sup>.

Or, précise encore le Conseil d'État, « un jugement "définitif" n'est pas nécessairement un jugement qui règle définitivement le litige quant au fond », mais il peut s'agir « d'une décision par laquelle le juge vide sa saisine sur une question litigieuse, cette question pouvant ne porter que sur la procédure ou sur la recevabilité »<sup>39</sup>.

Il en résulte donc qu'en vertu du nouvel article 875*bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, « chaque fois qu'une mesure d'instruction sera ordonnée, ce qui constitue une part très significative des mesures 'avant dire droit' que peut ordonner le juge, dans un jugement par lequel le juge tranche également la question de la recevabilité de l'action, les parties se retrouveront dans la situation décrite ci-dessus par la Cour de cassation, face à un jugement mixte (en partie définitif sur la recevabilité et en partie "avant dire droit" sur la mesure d'instruction) qui sera immédiatement appellable »<sup>40</sup>.

D'une manière générale, les commentateurs en ont conclu que la lecture combinée de l'article 875*bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, et de l'article 1050, alinéa 2, aurait pour effet de priver cette dernière disposition d'effet utile à l'égard de *tous* les jugements d'instruction, puisqu'ils seraient à l'avenir *toujours* des jugements mixtes<sup>41</sup>.

37. Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Avis du Conseil d'État, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54-1219/1, p. 172. Ni le législateur dans son avant-projet, ni le Conseil d'État dans son avis, ne font cependant référence à un ou plusieurs arrêts précis.

38. *Ibid.*, Exposé des motifs, p. 24.

39. *Ibid.*, *Avis du Conseil d'État*, p. 172.

40. *Ibid.*

41. Voy. les points de vue exprimés par Avocats.be et Hakim Boularbah lors de leur audition en commission de la Justice, *Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice*, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par M. Richard Miller et M<sup>me</sup> Sarah Myers, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2016, n° 54-1219/5, respectivement pp. 198 et 204; dans le même sens, G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *op. cit.*, p. 803; Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procé-

**19. Notion de jugement définitif.** Cette affirmation doit cependant être nuancée. En effet, il faut se rappeler que, pour qu'on puisse parler de jugement définitif au sens de l'article 19 du Code judiciaire, il faut que le juge ait épuisé sa juridiction sur « une question litigieuse », c'est-à-dire sur « une question faisant l'objet d'un litige entre les parties et qui a été soumise aux débats »<sup>42</sup>.

En l'occurrence, pour qu'on puisse parler de jugement définitif sur la recevabilité de l'action, il faut donc que cette question ait véritablement été « litigieuse ». Même si ce constat se dérobe un peu à l'intuition, il faut bien réaliser que ce n'est pas parce que le juge est tenu par la loi de se prononcer sur la recevabilité de la demande<sup>43</sup> que sa décision sera nécessairement définitive sur ce point : il s'agit là de deux questions conceptuellement distinctes.

Pour le dire encore plus précisément, ce n'est pas parce que le juge est toujours obligé – encore que cette obligation ne soit assortie d'aucune sanction<sup>44</sup> – de déclarer l'action recevable avant d'ordonner une mesure d'instruction, que cette question de la recevabilité aura nécessairement donné lieu à une contestation entre les parties. Or en l'absence de pareille contestation, la question de la recevabilité n'est pas « litigieuse » au sens de l'article 19, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, et par conséquent la décision par laquelle le juge déclare l'action recevable ne peut pas être qualifiée de « définitive ».

Par conséquent aussi, la décision ainsi rendue n'est pas un jugement mixte, et un appel immédiat contre le jugement avant dire droit y afférent n'est pas possible : l'article 1050, alinéa 2, conserve ici sa pleine portée.

**20. Principe du contradictoire et autorité de chose jugée : conception classique.** Sur le plan des principes, cette conclusion est somme toute logique : si on acceptait l'idée que le jugement par lequel le juge déclare l'action recevable soit définitif même sans qu'un débat ait pu avoir lieu sur ce point, on empêcherait les parties de soulever toute autre fin de

dure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », *op. cit.*, p. 132, n° 47 ; B. PETIT, « L'économie des mesures d'instruction », *op. cit.*, n° 8.

42. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 12 juin 2014, *Pas.*, 2014, p. 1485.

43. À notre sens, l'article 875bis nouveau du Code judiciaire impose désormais au juge de se prononcer sur la recevabilité de la demande *même* dans l'hypothèse où cette recevabilité *n'aurait pas* été contestée, c'est-à-dire même dans l'hypothèse où aucune fin de non-recevoir *n'aurait* été soulevée par les parties ni par le juge lui-même. *Contra* : H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Résumé rudimentaire et application dans le temps de la loi dite "Pot-pourri I" », *op. cit.*, p. 765, n° 7 ; *contra* également : G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *op. cit.*, p. 803, qui se fondent sur une lecture des travaux préparatoires que le texte de ceux-ci *n'autorise* pourtant pas.

44. Voy. B. PETIT, « L'économie des mesures d'instruction », *op. cit.*, n° 5 ; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I. Gerechtelijk recht*, *op. cit.*, p. 129.



non-recevoir en cours de procès. Cela créerait une forme de « forclusion procédurale »<sup>45</sup> non prévue par les textes, qui heurterait non seulement le principe du contradictoire, mais pourrait aussi avoir pour effet de couvrir la violation de certaines règles de recevabilité intéressant l'ordre public<sup>46</sup>.

Au demeurant, cette conception a longtemps eu les faveurs de la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt du 6 décembre 1974<sup>47</sup> puis un autre du 15 février 1990<sup>48</sup>, la Cour avait considéré que n'était pas « en matière civile, un jugement définitif sur incident, au sens de l'article 19 du Code judiciaire, la décision qui déclare recevable une action dont la recevabilité n'a pas été contestée et ordonne, avant de statuer au fond, une mesure d'instruction ».

À s'en tenir à cette approche, il faudrait donc bien considérer que ce n'est qu'à condition que la question de la recevabilité ait effectivement été contestée et débattue que le jugement se prononçant sur ce point acquerra un caractère définitif et sera revêtu de l'autorité de la chose jugée. Ce n'est donc qu'à cette condition également qu'on pourra parler de jugement mixte, et que la décision sera immédiatement appellable, en ce compris pour sa partie avant dire droit.

**21. Principe du contradictoire et autorité de chose jugée: conception pragmatique.** Il semblerait toutefois que la Cour de cassation, soutenue en cela par une partie de la doctrine prônant une conception plus « pragmatique » du contradictoire<sup>49</sup>, ait ces dernières années quelque peu amendé sa jurisprudence et admette désormais que l'autorité de chose jugée puisse s'attacher à des points de la décision qui n'ont pas *effectivement* été débattus pourvu que la *possibilité* d'en débattre ait quant à elle bel et bien existé.

Ainsi, dans un arrêt du 21 janvier 2003<sup>50</sup>, la Cour a jugé qu'un « jugement qui décide une action recevable et partiellement fondée et qui remet la cause pour une durée indéterminée a autorité de chose jugée

45. J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, p. 268.
46. Les conditions de qualité et d'intérêt relèvent de l'ordre public procédural, mais celui-ci est dit « atténué » dans la mesure où le juge peut (et ne doit pas) en soulever d'office le non-respect, voy. G. DE LEVAL et B. BIÉMAR, « L'action en justice – La demande et la défense », *op. cit.*, p. 79, n° 2.5.
47. Cass., 6 décembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 377.
48. Cass., 15 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 698.
49. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Vers une conception plus pragmatique du contradictoire », note sous Cour eur. D.H., 15 février 2007, *J.T.*, 2007, pp. 543 et s.
50. Cass., 21 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 155. La Cour avait déjà statué dans ce sens dans un arrêt du 10 septembre 1981 (*Pas.*, 1982, I, p. 42), mais cet arrêt, resté à l'époque isolé et démenti par l'arrêt ultérieur du 15 février 1990, avait été sévèrement critiqué par une doctrine attachée à la conception classique du contradictoire et de la chose jugée, voy. J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la



quant à la recevabilité de l'action », dans une cause où la recevabilité n'avait pourtant pas été contestée, ni par conséquent débattue.

Ainsi que l'ont défendu Jean-François van Drooghenbroeck et François Balot, cette évolution dans la conception que l'on se faisait classiquement de l'autorité de la chose jugée résulte de ce que « les principes émergents de célérité, d'efficacité, de loyauté et de concentration influencent et calibrent aujourd'hui les exigences et les contours du principe contradictoire. [...] De cette mutation, il découle que le respect du contradictoire et des droits de la défense s'accommode aujourd'hui de *la possibilité raisonnable* d'un débat entre parties, là où il requerrait jadis *la tenue effective de ce débat* »<sup>51</sup> (ils soulignent).

Ramenée à notre problématique, cette approche renouvelée du principe du contradictoire et de la chose jugée signifie que pourrait être considérée comme un jugement définitif la décision par laquelle le juge déclarerait l'action recevable, quand bien même cette recevabilité n'aurait pas été contestée et n'aurait par conséquent pas fait l'objet d'un débat *effectif*, pour autant toutefois que ce débat ait été *possible*.

On peut encore exprimer cette idée en disant que « pour que le rejet d'un moyen de procédure soit revêtu de l'autorité de la chose jugée, il suffit aujourd'hui qu'au regard des circonstances de l'espèce, le débat contradictoire dont ce moyen n'a pas fait l'objet fût néanmoins possible, concevable »<sup>52</sup>.

**22. Synthèse : toute décision sur la recevabilité n'est pas nécessairement une décision définitive, mais il suffit qu'un débat ait été possible sur ce point pour que ce soit le cas.** En conclusion, on peut donc dire qu'il est inexact d'affirmer que toute décision par laquelle le juge ordonnera une mesure d'instruction sera nécessairement un jugement mixte, et par conséquent sera toujours immédiatement appelable. Cela supposerait que toute décision sur la recevabilité soit une décision définitive, ce qui n'est pas forcément le cas.

À l'inverse, il est également inexact d'affirmer qu'une décision sur la recevabilité ne peut être qualifiée de définitive que dans l'hypothèse où

chose jugée en matière civile », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, p. 268.

51. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BALOT, « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », in *L'effet de la décision de justice. Contentieux européen, constitutionnel, civil et pénal* (G. DE LEVAL et Fr. GEORGES dir.), Liège, Anthémis, 2008, p. 197, n° 73; adde M. GRÉGOIRE, « Géométrie de l'instance », *R.C.J.B.*, 2008, p. 65, n° 118.
52. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BALOT, « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », *op. cit.*, p. 203, n° 83. Selon ces deux auteurs, cette conclusion vaut également pour les moyens de procédure relevant de l'ordre public. Ils notent ainsi qu'aux termes d'une jurisprudence constante, la Cour de cassation juge que « le juge est présumé avoir statué d'office sur les exceptions d'ordre public que les parties n'ont pas soulevé devant lui » (voy. p. 201, n° 80 et les réf. citées).

cette question aurait fait l'objet d'une contestation et d'un débat effectif entre les parties. En son dernier état, la jurisprudence de la Cour de cassation nous amène plutôt à considérer que la décision prise par le juge sur la recevabilité pourra être qualifiée de définitive même si cette question n'était pas contestée, pour autant que les circonstances de l'espèce permettent de conclure qu'un débat entre les parties sur cette question a été possible, à défaut d'avoir effectivement eu lieu.

Ce n'est donc que dans l'hypothèse où pareil débat n'a pas été possible qu'on pourra considérer que la décision du juge relative à la recevabilité de la demande n'est pas une décision définitive, et que par conséquent le jugement ordonnant la mesure d'instruction n'est pas un jugement mixte: dans ce cas, l'appel immédiat demeure impossible et l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire conserve toute sa portée.

### **23. À partir de quand faut-il considérer qu'un débat a été possible ?**

La question cruciale qui reste à régler est évidemment celle de savoir ce qui, dans les circonstances procédurales de l'espèce, permet de conclure que le débat a été possible ou, pour le dire autrement, quelles sont les circonstances qui l'ont rendu proprement impossible.

Il est des hypothèses relativement simples: s'il ressort du dossier de la procédure que le juge a invité les parties, le cas échéant en leur offrant de nouveaux délais pour conclure sur ce point, à faire valoir leurs observations sur la question de la recevabilité avant que ne soit ordonnée une mesure d'instruction, on pourra sans trop de difficulté considérer que le débat a été possible, quand bien même les parties n'auraient pas saisi la possibilité ainsi offerte par le juge. De même, on peut imaginer que le juge, ayant déjà pris l'affaire en délibéré sans avoir interrogé les parties sur la question de la recevabilité auparavant, rouvre les débats pour leur permettre de s'exprimer sur ce point avant de prendre sa décision.

Le vrai problème surgira probablement lorsque le juge, sans que cette question ait été évoquée à aucun moment en cours de procédure, déclarera l'action recevable avant de statuer sur la mesure d'instruction, puisque qu'il y est nécessairement contraint par l'article 875*bis*. Doit-on dans ce cas considérer que le débat n'a pas «été possible», ou peut-on à l'inverse tenir rigueur aux parties de ne pas avoir soulevé elles-mêmes en temps utile la question de la recevabilité alors que rien ne les en empêchait ?

Il y a fort à craindre que cette dernière question ne donne lieu à d'importantes controverses, et il n'est d'ailleurs pas exclu que la jurisprudence de la Cour de cassation, déjà relativement fragile sur ce point, ne vacille encore davantage sous le coup des enjeux nouveaux – et cruciaux – que l'articulation de l'article 875*bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, et 1050, alinéa 2, suscite désormais.

**24. Fins de non-recevoir soulevées abusivement.** Aux rangs des conséquences néfastes que pourrait encore emporter la lecture combinées des articles 875*bis* et 1050 dans leurs rédactions actuelles, on a enfin pu exprimer la crainte que certaines parties mal intentionnées ne soulevaient des fins de non-recevoir, même notoirement infondées, que dans le seul but d'obtenir une décision définitive sur ce point et donc de rendre le jugement relatif à la mesure d'instruction immédiatement appelable<sup>53</sup>.

Si pareil risque existe bel et bien, il semble qu'il puisse être contré de deux manières, qu'identifient bien Piet Taelman et Karen Broeckx.

D'une part, et par analogie avec la jurisprudence de la Cour de cassation relative au contournement du taux du ressort, le juge d'appel devrait pouvoir conclure à l'irrecevabilité de l'appel lorsqu'il estime que la contestation relative à la recevabilité de l'action devant le premier juge avait exclusivement ou sciemment pour but de contourner le prescrit légal et de rendre le jugement d'instruction directement appelable<sup>54</sup>.

D'autre part, la partie qui agirait de la sorte pourrait au surplus se voir condamnée à une amende en vertu de l'article 780*bis* du Code judiciaire, qui réprime l'utilisation de la procédure à des fins manifestement dilatoires et abusives<sup>55</sup>.

**25. Impasse législative.** Quoi qu'il en soit, on reconnaîtra qu'il aurait été encore mieux que toute cette discussion, et les incertitudes qu'elle soulève, n'eût pas du tout eu lieu. On peut comprendre l'amertume de ceux qui déplorent que le législateur n'ait pas revu sa copie en dépit de tous les avertissements qui lui ont été adressés en ce sens<sup>56</sup>.

On a ainsi durement reproché au ministre d'avoir répondu, après avoir pourtant admis que la lecture combinée de l'article 875*bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, et 1050, alinéa 2, du Code judiciaire aurait pour conséquence de priver cette dernière disposition d'une grande partie de son effet utile, qu'il n'y avait

53. G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, «La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice», *op. cit.*, p. 803; Fr. LEJEUNE, «Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité», *op. cit.*, p. 133, n° 47.

54. P. Taelman et K. Broeckx, «Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na pot-pourri I», *op. cit.*, n° 29. Jugé ainsi par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 janvier 2004 (*Pas.*, 2004, p. 11) que «appelé à statuer, à la suite de la jonction des montants de la demande principale et de la demande reconventionnelle pour procédure téméraire et vexatoire, sur l'appel de la partie qui a introduit la demande reconventionnelle, le juge d'appel peut décider que, la demande reconventionnelle ayant été inspirée de la volonté d'éviter l'application des règles du ressort et l'intérêt poursuivi étant en conséquence illicite, l'appel n'est pas recevable».

55. *Ibid.*, n° 29.

56. Fr. LEJEUNE, «Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité», *op. cit.*, p. 134, n° 48.

tout simplement « pas d'autre choix »<sup>57</sup>. Aussi désespérante que puisse paraître cette conclusion, il faut bien se résigner à admettre qu'elle est effectivement la seule qui tienne.

Quelques propositions visant à sortir de cette situation ont bien été formulées, mais il nous semble que celles-ci mènent tout autant à des impasses. Ainsi a-t-on par exemple proposé de modifier l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, et d'y prévoir désormais que l'appel contre un jugement avant dire droit ne puisse être formé qu'avec l'appel contre un jugement définitif « à l'exclusion du jugement sur la recevabilité »<sup>58</sup>. La proposition est d'une indépassable ambiguïté, dès lors qu'on ne parvient pas à savoir sur quoi porte, au juste, l'exception ainsi conçue.

De même nous semble-t-il pour le moins hasardeux de proposer, comme on l'a aussi suggéré, d'étendre le régime de l'appel différé aux jugements rendus sur la recevabilité<sup>59</sup> : le procédé pourrait paraître bien commode pour résoudre le problème qui se pose à nous ici, mais on n'ose à vrai dire imaginer à quelles conséquences potentiellement cataclysmiques pourrait mener pareil bouleversement (contrariété de décisions, etc.).

## B. *D'anciennes règles voient leur portée partiellement affectée : articulation avec les articles 1055 et 1068 du Code judiciaire*

2.6

**26. L'impact de l'entrée en vigueur de l'article 1050, alinéa 2, sur d'autres dispositions du Code judiciaire.** Si donc l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire voit en grande partie sa portée réduite par le jeu de la règle fixée à l'article 875bis du même Code, on peut constater que l'article 1050, alinéa 2, a à son tour pour effet de modifier légèrement la portée d'autres règles.

Ainsi, l'article 1055 du Code judiciaire, prévoyant la règle de la « résurgence de l'appel » pour les jugements avant dire droit en voit sa pertinence partiellement affectée, tandis que l'article 1068, du Code judiciaire pourrait lui non plus ne pas en sortir totalement indemne.

**27. L'article 1055 du Code judiciaire perd une partie de sa portée mais son maintien est justifié.** L'article 1055 du Code judiciaire qui consacre la

57. Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par M. Richard Miller et M<sup>me</sup> Sarah Myers, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2016, n° 54-1219/5, p. 110.

58. Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », *op. cit.*, p. 134, n° 48.

59. *Ibid.*, p. 134, n° 48.

règle de la « résurgence »<sup>60</sup> de l'appel pour les jugements avant dire droit, n'a pas été modifié par la loi du 19 octobre 2015, et dispose donc invariablement :

« Même s'il a été exécuté sans réserves, tout jugement avant dire droit ou statuant sur la compétence peut être frappé d'appel avec le jugement définitif ».

Cette règle de la résurgence du droit d'appel pour les jugements avant dire droit a été justifiée en son temps par l'idée qu'il était « souhaitable [...] que le litige soit soumis dans son ensemble au juge d'appel »<sup>61</sup>.

On peut se demander si l'article 1055 conserve encore aujourd'hui sa pertinence, dès lors que l'article 1050, alinéa 2, prévoit désormais que l'appel immédiat des jugements avant dire droit n'est de toute façon plus possible. De ce point de vue, il est vrai que le maintien de ces deux dispositions fait « partiellement double emploi »<sup>62</sup>.

Ainsi, on aurait pu penser, comme cela avait été suggéré par le passé<sup>63</sup>, à fusionner la nouvelle règle prévue à l'article 1050, alinéa 2, et celle de l'article 1055 au sein d'une seule et même disposition, qui aurait prévu ceci : « même s'il a été exécuté sans réserves, tout jugement avant dire droit ou statuant sur la compétence *ne* peut être frappé d'appel *qu'*avec le jugement définitif » (nos italiques).

Cette modification aurait eu le mérite d'assurer une parfaite concordance entre la règle posée à l'article 1050, alinéa 2, qui *oblige* désormais les parties à attendre le jugement définitif pour faire appel du jugement avant dire droit, et celle posée à l'article 1055, qui *autorise* celles-ci à attendre ce jugement définitif.

Toutefois, il faut bien voir que l'article 1055, tel qu'il a été maintenu, conserve son utilité dans deux hypothèses.

La première vise le cas où le juge autorisera tout de même l'appel immédiat du jugement avant-dire droit : si ce jugement est signifié mais que l'appel n'est pas exercé, il *pourra* toujours l'être en même temps que sera formé l'appel du jugement définitif.

La seconde vise le cas des jugements mixtes – et on a vu qu'en matière de mesures d'instruction, ils seront très fréquents : dans ce cas, si le jugement mixte est signifié mais que l'appel n'est pas exercé dans les délais requis, il *pourra* toujours l'être, pour ce qui concerne uniquement sa par-

60. G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 72, n° 119.

61. Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, Éd. du Moniteur belge, 1964, p. 384.

62. G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », op. cit., p. 803.

63. M. DEWART, G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, « Optimalisation institutionnelle et fonctionnelle de l'appel », op. cit., p. 202.

tie avant dire droit, en même temps que l'appel du jugement définitif suivant<sup>64</sup>.

**28. L'article 1068, alinéa 1<sup>er</sup>, perd une partie de sa spécificité.** Une dernière disposition qui est demeurée inchangée en dépit des modifications apportées à l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire est l'article 1068 du Code judiciaire relatif à l'effet dévolutif de l'appel. Cet article dispose toujours :

« Tout appel d'un jugement définitif ou avant dire droit saisi du fond du litige le juge d'appel.

Celui-ci ne renvoie la cause au premier juge que s'il confirme, même partiellement, une mesure d'instruction ordonnée par le jugement entrepris ».

Puisqu'en règle, l'appel d'un jugement avant dire droit n'est plus possible qu'avec l'appel du jugement définitif, l'effet dévolutif devrait – en théorie du moins – perdre une grande partie de sa spécificité, puisqu'il aura beaucoup moins qu'avant pour conséquence de faire monter en degré d'appel des points qui n'auraient pas encore été tranchés par le premier juge, ce qui avait pour conséquence qu'ils devaient alors l'être pour la première fois par le juge d'appel. C'était notamment pour éviter le plus possible de se retrouver dans cette situation que la modification de l'article 1050, alinéa 2, a été adoptée.

Toutefois, on rappellera que le juge peut toujours autoriser l'appel immédiat du jugement avant dire droit qu'il vient de rendre : en pareille hypothèse, si l'appel est exercé, l'effet dévolutif prévu à l'article 1068, alinéa 1<sup>er</sup>, jouera pleinement et l'ensemble du litige montera en degré d'appel. Comme par le passé, il reviendra alors au juge d'appel de trancher le fond.

Par ailleurs, on n'insiste plus sur le fait que les jugements mixtes – qui seront donc beaucoup plus fréquents qu'avant – demeurent directement appelables. En pareille hypothèse, l'effet dévolutif « renforcé » continuera à jouer dans sa pleine mesure, pourvu qu'on ne se trouve pas dans le cadre de l'exception prévue à l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire.

64. G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », *op. cit.*, p. 783, n° 8.26. Il ressort ainsi d'une jurisprudence constante de Cour de cassation que « l'article 1055 du Code judiciaire ne s'applique qu'à la partie du jugement qui ordonne une mesure d'instruction, à l'exclusion des dispositions définitives qui déclarent non fondées ou non recevables certains chefs de la demande » (voy. la jurisprudence citée note 3301). Concrètement, cela signifie que si un jugement mixte est signifié mais que l'appel n'est pas exercé à temps, il sera toujours possible d'attendre le jugement définitif suivant pour interjeter appel de la partie avant dire droit contenue dans le jugement mixte précédemment rendu ; en revanche, ce deuxième jugement définitif ne fait pas renaître de droit à l'appel pour la partie définitive du jugement mixte : à l'égard de cette première décision définitive, le plaideur est forcé.

### 29. L'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire pourrait être abrogé.

En effet, il faut rappeler que l'effet dévolutif est assorti d'une importante exception, prévue à l'alinéa 2 de l'article 1068 du Code judiciaire : si le juge d'appel confirme, même partiellement, une mesure d'instruction, il est tenu de renvoyer la cause au premier juge.

L'application de cette règle a donné lieu à d'importantes controverses, en particulier à l'égard de l'appel des jugements mixtes dont on s'est demandé s'il devait emporter effet dévolutif pour le tout, même dans l'hypothèse où le juge confirmait la mesure d'instruction entreprise<sup>65</sup>. Dès lors que la combinaison de l'article 875*bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, et 1050, alinéa 2, du Code judiciaire aura pour conséquence que la plupart des jugements d'instruction seront désormais des jugements mixtes, il faut s'attendre à voir ressurgir ces controverses encore plus fréquemment qu'avant.

Aussi serait-il peut être opportun de songer, comme l'a suggéré Jean-François van Drooghenbroeck et l'a relayé Avocats.be, à abroger purement et simplement l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire, « qui constitue une particularité belge », alors qu'« aucun autre système juridique ne connaît de disposition semblable » et que « la Cour de cassation évite le plus possible son application »<sup>66</sup>.

## Conclusion

**30. Une réforme perfectible mais louable.** En conclusion, il nous semble que le nouvel article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire mérite de sérieuses critiques mais aussi quelques éloges. Réforme attendue de longue date par une grande partie de la doctrine, celle-ci se trouve bien mal placée pour en critiquer aujourd'hui le principe même, d'autant que les reproches qui ont été formulés à cet égard se révèlent en grande partie injustifiés.

Il reste que la rédaction du texte finalement adopté demeure perfectible : il ne serait ainsi pas superflu de préciser que l'autorisation de l'appel immédiat ne peut être décidée par le juge qu'à la demande des parties. Il n'est pas non plus interdit de songer à amender à l'avenir le système aujourd'hui retenu, et de transférer le pouvoir de donner cette autorisation au juge d'appel.

Quant à l'articulation de la nouvelle règle avec l'article 875*bis* du Code judiciaire, elle est de loin l'aspect le plus problématique de la

65. Sur l'article 1068, al. 2, C. jud. Voy. G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », *op. cit.*, pp. 806 et s., n° 8. 47.

66. Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice par M. Richard Miller et M<sup>me</sup> Sarah Myers, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2016, n° 54-1219/5, pp. 198-199.

réforme opérée. On peut légitimement reprocher au législateur de ne pas avoir suffisamment anticipé cette question en temps utile, mais il est aujourd'hui trop tard pour faire machine arrière. Il n'est pas de meilleure option que de s'en accommoder.